

University of Groningen

De ODV, wat doen we er in het erfrecht mee?

Burgerhart, Wouter

Published in:
AdvoTip

DOI:
[10.5553/AT/246872862018007002001](https://doi.org/10.5553/AT/246872862018007002001)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Burgerhart, W. (2018). De ODV, wat doen we er in het erfrecht mee? *AdvoTip*, 2018(2).
<https://doi.org/10.5553/AT/246872862018007002001>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Onder redactie van:

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. W. Burgerhart
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. F.M.H. Hoens
Mr. G.A. Tuinstra
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. dr. N.V.C.E. Bauduin
Mr. E.C.E. Schnackers
Mr. dr. J.W.A. Rheinfeld

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2018-02

31 januari 2018

De ODV, wat doen we er in het erfrecht mee?

In *AdvoTip* 2017-18 is aandacht besteed aan de per 1 april 2017 in werking getreden Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen. Vanwege het grote belang van deze uitfasering voor de advocatuurlijke praktijk staat de wet vandaag opnieuw op het menu.

Wat was er ook al weer aan de hand met het pensioen in eigen beheer? Met de hiervoor gemelde wet is dit pensioen in feite ten grave gedragen omdat 'fiscale opbouw' daarvan niet langer mogelijk is. De reeds bestaande, opgebouwde pensioenaanspraken zijn in ieder geval sindsdien 'bevroren'. Bij de (nog) zichtbare, fiscale omvang van de pensioenverplichting op de balans van een pensioen-BV dient men overigens te bedenken dat de commerciële waarde van deze schuld over het algemeen een veelvoud van de fiscale verplichting is. Dit kan bijvoorbeeld in de weg staan aan de uitkering van dividend op de aandelen in die BV. Het is dan ook, mede om andere redenen, de vraag of handhaven van dit pensioen in eigen beheer wenselijk is. Omdat de regering van deze pensioenregeling af wil(de), heeft men de DGA als het ware verleid tot het opgeven van zijn pensioenaanspraak.

Er zijn in de wet namelijk twee alternatieven voor een premievrij pensioen in eigen beheer beschikbaar gesteld, te weten de *pensioenafkoop* en de omzetting in een *oudedagsverplichting* (ODV). Beide opties gaan gepaard met een afstempeling van het pensioen tot het niveau van de hiervoor bedoelde fiscale waarde. De DGA laat derhalve een (in veel gevallen fors) deel van zijn toekomstige aanspraak op pensioen 'schieten', een verarming zo men wil.

Omdat de afstempeling ten goede komt aan een eigen BV, levert dit voor de DGA echter geen 'verliespost' op. Vervolgens kan de afkoop plaatsvinden met een behoorlijke 'discount' op de heffing, terwijl ook de omzetting in een ODV fiscaal gunstig kan uitpakken. Aan prikkels voor de DGA ontbreekt het derhalve niet.

In deze *AdvoTip* wil ik enkele erfrechtelijke kanttekeningen maken bij de ODV. In deze 'uitfaseringsvariant' wordt de waarde van deze aanspraak in een periode van twintig jaar in termijnen met een gelijke tussenperiode van ten hoogste een jaar uitgekeerd als loon uit vroegere dienstbetrekking (artikel 38p Wet op de loonbelasting 1964). Er is ook aan het overlijden van de 'oudedagsgerechtigde' gedacht. We zien dat in lid 2 onderdeel b en in lid 3 van artikel 38p voor respectievelijk de situatie dat de termijnen nog niet en al wel zijn ingegaan. Het recht op de nog niet uitgekeerde termijnen komt in beide gevallen toe aan de *erfgenamen*, voor zover dit natuurlijke personen zijn.

In de gemelde *AdvoTip* wordt over de ODV en het erfrecht het volgende geschreven:

‘Als de dga overlijdt, gaan de uitkeringen ingevolge de ODV over op de erfgenamen. De ODV volgt dus het erfrecht. Tevens zal ook hier dan de pensioenimputatie plaatsvinden.’

Vanuit het perspectief van de erfopvolging en het daaraan ten grondslag liggende saisinebeginsel is het ‘onvermijdelijk’ dat de bedoelde aanspraak bij de erfgenamen van de DGA belandt. De ODV behelst immers een vorderingsrecht van de DGA op diens pensioen-BV dat onder algemene titel overgaat op zijn erfgenamen (artikel 4:182 BW). Artikel 38p Wet op de loonbelasting 1964 trekt, zoals hierna nog zal blijken, de grenzen voor het fiscale speelveld en laat de vermogensrechtelijke bewegingsvrijheid van de ODV-aanspraak (vanzelfsprekend) onberoerd.

Mogen de nog niet uitgekeerde termijnen slechts aan diens erfgenamen toekomen, of kan de DGA daarover fiscaal gesanctioneerd beschikken bij overeenkomst (ofwel *quasi-erfrecht*) en/of bij uiterste wilsbeschikking? Blijkens de parlementaire behandeling van de uitfaseringswetgeving zijn de marges smal. Zo wordt in ieder geval duidelijk dat de wetgever de nadruk legt op het erfgenaamschap van de verkrijger(s) van het recht op de termijnen. Het is bijvoorbeeld dan ook niet mogelijk om de partner als zodanig in een overeenkomst als begunstigde van de termijnen aan te wijzen. Gezien de reactie van de staatssecretaris van Financiën tijdens de behandeling in de Eerste Kamer lijkt het er vervolgens op dat (indien de partner (mede)erfgenaam is) het recht op de termijnen in de afwikkeling van de nalatenschap wel uitsluitend bij hem/haar kan terechtkomen. Bijvoorbeeld indien op de nalatenschap van de DGA de wettelijke verdeling van artikel 4:13 e.v. BW van toepassing is.

Op 13 oktober 2017 heeft het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP) een ‘Handreiking ODV-aanspraken en overlijden’ uitgevaardigd. Het CAP opent met het belang van de juiste verkrijgers van de ODV na overlijden van de DGA, waarmee duidelijk wordt dat een civielrechtelijk ‘kunnen’ soms een fiscaal ‘niet mogen’ oplevert:

‘Zuivere of onzuivere ODV-aanspraak

Indien niet aan de voorwaarden van artikel 38p van de Wet LB wordt voldaan, is sprake van een “onzuivere” ODV-aanspraak. Een van de voorwaarden van artikel 38p van de Wet LB is dat bij overlijden van de directeur-grootaandeelhouder (verder: dga) de (nog resterende) termijnen van de ODV moeten toekomen aan diens erfgenamen, voor zover dit natuurlijke personen zijn.

Indien bij overlijden van de dga de (resterende) termijnen van de ODV toekomen aan diens erfgenamen, dan is (ervan uitgaande dat ook voor het overige aan de voorwaarden van artikel 38p van de Wet LB wordt voldaan) sprake van een zuivere ODV. De uitkeringen aan de erfgenamen (maar ook de uitkeringen aan de dga zelf voor overlijden) die voortvloeien uit die zuivere ODV-aanspraak zijn dan ook – als loon uit vroegere dienstbetrekking – onderworpen aan de inhouding van loonheffing. Voorts is het zo dat op een zuivere ODV-aanspraak – op grond van artikel 38p, vierde lid, van de Wet LB – artikel 32, derde lid, van de Successiewet 1956 (verder: SW) van overeenkomstige toepassing is. Gevolg hiervan is dat de waarde van de ODV-aanspraak is vrijgesteld van de heffing van erfbelasting. Deze vrijstelling leidt bij vererving van de aanspraak naar de langstlevende partner wel tot inkorting van de verhoogde (partner-) vrijstelling. Dit heet ook wel pensioenimputatie. De helft van de vererfde ODV-aanspraak wordt hierbij geïmputeerd (artikel 32, tweede lid, SW).

Indien bij overlijden van de dga de (resterende) termijnen van de ODV niet toekomen aan diens erfgenamen, wordt de ODV-aanspraak op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip onzuiver. Gevolg hiervan is dat over de waarde van de (gehele) aanspraak loonheffing en revisierente (artikel 38p, vierde lid, Wet LB) verschuldigd is.'

De loonheffing 'ineens' en de revisierente zullen de DGA er wel toe bewegen om de ODV naar de 'juiste' verkrijgers te sturen. Het is duidelijk dat de DGA vrij is om te bepalen aan wie de bedoelde aanspraak na zijn overlijden toekomt en op welke wijze (erfrecht of quasi-erfrecht/overeenkomst met werking bij dode). Valt de verkrijging en de verkrijger echter buiten het wettelijke kader van artikel 38p Wet op de loonbelasting 1964 dan is de geschetste heffing over de onzuivere ODV-aanspraak een feit.

Het CAP zet vervolgens uiteen dat na het overlijden van de DGA ofwel het wettelijk erfrecht ofwel het testamentaire erfrecht van toepassing is, in welk geval de wettelijke verdeling wel of niet van toepassing is. Hoewel een ongenueanceerde visie, omdat de wettelijke verdeling in een testament gemodificeerd kan worden en daardoor dus niet per definitie verdwijnt, wel een 'begrijpelijke' tweedeling. Er wordt nog aan toegevoegd dat de verdeling in het laatste geval in principe vrij is, waarbij overigens ook de nodige vraagtekens gezet kunnen worden. Denk maar eens aan de langstlevende als afwikkelingsbewindvoerder als gevolg waarvan de vrijheid van de kinderen beperkt kan zijn.

Vervolgens slaat het CAP de verkeerde weg in met de volgende 'handreiking':

'In artikel 38p van de Wet LB is wel opgenomen dat de aanspraak terecht moet komen bij erfgenamen van de dga (al dan niet via legatering) en dus niet ook bij derden die geen erfgenaam zijn.'

Wat men ook van de wettekst van artikel 38p vindt, deze is in zoverre duidelijk dat de ODV door erfgenamen, natuurlijke personen, verkregen moet worden. Het CAP neemt de duidelijkheid van deze tekst en de hiervoor aangestipte parlementaire toelichting weg door het mogelijk te maken om via een legaat over de ODV te beschikken. Daarbij levert het legaat aan een erfgenaam een zuivere en een legaat aan een niet-erfgenaam een onzuivere ODV-aanspraak op, zo concludeert het CAP. Zie over deze problematiek en de handreiking ook H. Hoeve/W. Burgerhart, 'Pensioenuitfasering en oudedagsverplichting. CAP vliegt uit de bocht', *Vakblad Estate Planning* december 2017.

Het legaat van een ODV aan een derde stuit kennelijk af op het door de wet vereiste, maar ontbrekende erfgenaamschap van de verkrijger. De erfgenaam die tevens legataris van een ODV is, verkrijgt echter evenmin als erfgenaam. De juridische titel van zijn verkrijging is het legaat, een verkrijging onder bijzondere titel die moet worden onderscheiden van de erfopvolging en de daaropvolgende verdeling. Het lijkt erop, maar dat is slechts gissen, dat het CAP bij het opstellen van deze handreiking aan de 'verkrijging krachtens erfrecht' heeft gedacht als vereiste titel voor de verkrijging van de ODV. Maar dat staat niet in artikel 38p lid 2 Wet op de loonbelasting 1964 en daardoor mist de handreiking voldoende wettelijke grondslag.

Tot de volgende keer.

Prof. mr. dr. W. Burgerhart



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl

Copyright 2018 © AdvoTip

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip* – *Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.